

Da Garantia Fidejussória na Justiça Criminal

RAYMUNDO CANDIDO

I

REGULAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO POSITIVO

1 — O Código de Processo Penal, no Livro IV, Título II, Capítulo II, que disciplina a execução das penas pecuniárias, estabelece no inciso II do art. 687:

«se a pena de multa exceder de Cr\$ 500,00, o juiz poderá permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro do prazo de um ano, prorrogável por mais seis meses, desde que a metade da quantia tenha sido paga, ou que o condenado assegure o pagamento mediante **caução real ou fidejussória**».

Nas hipóteses dos incisos I e II do art. 689, em que se converterá a multa em detenção ou em prisão simples, caso o condenado solvente frustrar o pagamento da multa, ou, se reincidente, deixe de pagá-la, a conversão tornar-se-á sem efeito se o condenado prestar caução real ou fidejussória, que lhe assegure o pagamento.

2 — Em ambos os casos, a caução real ou a fidejussória têm efeito liberatório da obrigação imediata de solver os compromissos assumidos para com a justiça repressiva, sem o sacrifício da liberdade individual. Êste deve ser evitado a todo custo. A prisão por dívidas representa um retrocesso à épocas ignominiosas. No que tange à prisão para pagamento de obri-

gações civis, a Constituição a estigmatiza com o **non possumus** (art. 141, § 32) e no que se refere aos compromissos oriundos de ilícito penal, hão de ampliar-se as abrangências do § 27 do mesmo artigo, para encampar tôdas as situações em que alguém se encontre prêso por insolvência de obrigações pecuniárias, ainda que resultantes de ilícito penal.

3 — Ressalte-se que embora anteriores à atual Constituição, tanto o Código Penal como o de Processo Penal, sancionados sob o regime da Constituição de 1937 (omissa quanto à proibição das prisões por dívidas civis e sem qualquer referência à fiança, no art. 122, § 11) deixaram bem claro que a exigência imediata do pagamento da multa ou a sua conversão em pena de detenção ou de prisão simples, só têm lugar em duas circunstâncias:

a) quando o condenado solvente frustrar o pagamento da multa, ou,

b) quando reincidente, deixar de pagá-la (C.P.P., art. 689, incisos I e II e C.P., art. 38).

Em resumo: só na emergência de fraude para impedir ou dificultar a cobrança da multa ou nos casos de reincidência genérica ou específica, vez que a lei não faz distinção, é que se sacrificará a liberdade do executado até que o pagamento seja feito. Mas, a medida coercitiva não poderá ter lugar na eventualidade de insolvência absoluta, hipótese em que a execução deverá ficar suspensa, até que a situação econômica do executado propicie a execução (C.P., art. 38). Ou quando o condenado oferecer caução real ou fidejussória (C.P.P., art. 690, inc. II).

E assim se há de entender, tendo-se em vista

II

A FUNÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA

4 — O exame do instituto, no juízo criminal, deve ser feito tendo-se em vista à função da pena pecuniária no sistema repressivo de determinado ordenamento jurídico penal. Em

nosso sistema penal, a multa é a única pena pecuniária que se aplica isolada ou cumulativamente com a pena privativa da liberdade (C. Penal, Parte Geral, Título V, Cap. I, Seção II). A indenização de danos, EX DELICTO, ou o confisco de bens oriundos do fato criminoso, bem como dos instrumentos do crime, são efeitos da condenação; não são penas propriamente ditas. (C.P., art. 74, incisos I e II e letras «a» e «b»). Exce-tue-se a medida de segurança consistente no confisco previsto no artigo 100 do C. Penal.

5 — Não se pode arredar da pena pecuniária seu caráter aflitivo, uma vez que ela pode ser convertida em detenção, nas circunstâncias previstas no art. 38 do C.P. Todavia, a conversão da multa em detenção é de caráter episódico, sem que se lhe possa imprimir o selo da definitividade. Nos casos de extrema miséria do condenado (insolvência absoluta) a conversão não é permitida: suspende-se a execução da pena de multa, até que sua situação econômica lhe permita cumprir a obrigação (C.P. art. 39). Feita a conversão, se o conderado efetuar o pagamento ou oferecer garantia real ou fidejussória, a operação será tornada sem efeito, expedindo-se alvará de soltura em favor do condenado ou cassando a ordem de prisão contra o mesmo expedida (C.P.P., art. 690). Vê-se que o princípio **qui non habet in aere luat in corpore** é de efeito circunstancial e transitório, em nosso sistema repressivo.

6 — O caráter aflitivo da pena pecuniária atua por efeito psicológico nos sentimentos egoísticos do condenado, com o empobrecimento ou diminuição de seu patrimônio. Para os indivíduos usuários, diminuir-lhes o patrimônio significa causar-lhes dôr maior que a pena de detenção. E, para que seus reflexos incidam com maior intensidade sobre o patrimônio dos abastados, a dosagem da pena é feita em escala móvel, rodopiando no sentido das condições sócio-econômicas do condenado (C.P., art. 43).

Todavia, a pena pecuniária é destituída de todo sentido penagógico, não tendo qualquer caráter penitenciário. Em política criminal é bastante conhecido o papel que se lhe reserva e o destino que se lhe traça: deve substituir as penas priva-

tivas da liberdade de curta duração, de nenhuma eficácia penológica, bem como ficar reservada para os crimes ocasionais. Aconselha-se a restauração do princípio MINIMA NON CURAT PRAETUR; reconhecendo-se-lhe outras virtudes: não degrada nem desonra a família do condenado, não constituindo obstáculo para sua reabilitação social; conservando-o em suas atividades normais, não deixa sua família ao abandono; representa para o Estado grande economia, pois nada dispenderá com o condenado, que contribuirá, inclusive, com o pagamento da multa, para a realização das reformas penais do País.

6 — Mesmo nos casos de aplicação da pena pecuniária cumulativamente com a pena de privação da liberdade, cumprida esta, aquela não se executará sem atinência à sua função no sistema repressivo vigorante. Em o nosso sistema, a conversão da pena de multa em detenção deve ser aplicada como contra estímulo ao não pagamento da multa, e não como sucedâneo compensatório da pena privativa da liberdade. Nossa lei penal não lhe dá caráter penitenciário, tanto que efetuado o pagamento, ou oferecida a garantia real ou fidejussória, a conversão será cassada, obrigatória e imediatamente. Daí em diante sua detenção torna-se ilegal, podendo a soltura do condenado ser ordenada por via de HABEAS CORPUS. O mesmo se observa para o condenado miserável, ABSOLUTAMENTE INSOLVENTE. A êste se dará moratória, até que suas condições econômicas lhe permitam o pagamento da multa (C.P., art. 40). O ponto principal que deverá ficar bem claro é: a pena pecuniária não tem efeito penitenciário; a conversão da multa em detenção é de caráter transitório: vale como advertência e como contra-estímulo ao relaxamento no cumprimento da obrigação.¹

1. GIUSEPPE BETTIOL — *Diritto Penale*, Parte Generale, 2ª, Ed. Palermo, 1950, pág. 537; VON LISZT — *Tratado de Derecho Penal*, Tradução de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1927, vol. 2, págs. 16 e 19; EUGENIO CUELLO CALÓN — *Derecho Penal*, 7ª, Ed. Barcelona, 1945, Tomo I, Parte Geral, pág. 704 e seguintes; A. PRINS — *Science Penale Et Droit Positif*, Paris, 1899, págs. 478 e 479; JEAN PINATEL — *Traité*

III

NO FÔRO CRIMINAL

7 — Assim, porém, não tem sido entendida no fôro criminal, onde uma série de obstáculos se ergue como barreira à plena praticabilidade do instituto, com sua finalidade própria. Entretanto, o poder que a lei confere ao juiz da execução para fazer a conversão da multa em detenção deve atuar em campo de discricionariedade vinculada, e não livre. Apenas quando o condenado, não absolutamente insolvente, não oferecer caução real ou fidejussória. A conversão não deve operar-se como substituto compensatório da pena privativa da liberdade, segundo generalizado entendimento na Casa de Themis.

8 — Essa distorção da finalidade do instituto se deve a uma determinada jurisprudência que procura identificar a caução fidejussória com a fiança criminal; influenciada pela lição de provectoros comentaristas de nosso diploma processual penal. Em verdade, sustentam êles que a fiança criminal só é possível em dinheiro ou em espécie.

Êsse entendimento, válido para a fiança criminal, não pode ser transportado para o capítulo das execuções, porque importa em anular o instituto da garantia fidejussória no juízo criminal. A fiança em dinheiro ou em espécie jamais poderá ser equiparada à caução fidejussória. Além disso, é princípio corrente em hermenêutica: a lei não pode conter palavras supérfluas e ao legislador, que se presume (em tese), um sábio, não se pode cometer a irreverência de se considerá-lo ignorante do sentido e da finalidade que tem a caução fidejussória no ordenamento jurídico em geral, de forma a transplantar o instituto para a justiça criminal como sinônimo de garantia real. Quando, pois, a lei se refere à caução real ou fidejus-

Élémentaire de Science Pénitentiaire, Paris, 1945, págs. 107 e 108; GEORGES VIDAL — *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Paris, 1949, págs. 765 e seguintes. Decreto nº 24.797, de 14 de julho de 1934, art. 1º e Decreto-lei nº 1.726, de 1º de novembro de 1939.

sória, a adversativa está aí propositadamente demonstrando que o condenado tem a faculdade de oferecer uma ou outra garantia, isto é, um terceiro que presta garantia real para o mesmo, em dinheiro ou em espécie ou que se apresente como fiador da obrigação, na hipótese de o afiançado não cumpri-la na modalidade e tempo assumidos.

Não se trata de uma, mas de duas garantias diferentes, com a mesma finalidade de refôrço e de substituição eventual e acessória da obrigação do executado.

Alguns eméritos comentaristas de nosso diploma processual-penal contribuíram para essa confusão, pois comentando a disposição em foco, em inexpressivo parêntese, traduziram a caução fidejussória como sendo uma fiança, mas não curaram de estabelecer qual a natureza jurídica dessa fiança, se fiança criminal ou fiança civil; e como a caução fidejussória se destina aos fins da justiça criminal, aplicar os princípios que regem a fiança criminal a essa espécie de garantia tem sido a maneira mais cômoda e, aparentemente, a mais correta.²

IV

DA FIANÇA CRIMINAL E DA FIANÇA CIVIL

9 — Em sua função de garantia não há traço diferencial entre a fiança criminal e a fiança civil. Mas, ambas divergem em seu conteúdo e em sua estrutura. A fiança civil é instituto de direito substantivo. É um contrato pelo qual um terceiro se submete pessoalmente, perante o credor de uma obrigação, a satisfazê-la, caso o devedor não a cumpra no prazo avençado (C.C., art. 1.481). É, pois, uma obrigação subsidiária e acessória, não tendo vida autônoma. Daí, ressalvados os casos em

2. INOCÊNCIO BORGES DA ROSA — *Processo Penal Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1942, vol. IV, págs. 329 a 333; BENTO DE FARIA — *Código de Processo Penal*, Rio, 1942, vol. II, págs. 381 a 384; ESPÍNOLA FILHO — *Código de Processo Penal Brasileiro*, Anotado, FREITAS BASTOS, 1945, vol. VII, pág. 132.

que o fiador se obrigou solidariamente com o devedor, como principal pagador, o fiador não pode ser executado pelo credor, antes de ter executado os bens do devedor. Como obrigação acessória, dependendo sempre da existência de uma obrigação principal, o vínculo do fiador se dissolve na eventualidade de qualquer causa que extinga a dívida principal.

O conteúdo do direito do credor se resolve no poder exigir do fiador o cumprimento da obrigação e no dever dêste de prestá-la na forma assumida. Por isso, a fiança afeta o patrimônio do fiador que fica sujeito à execução forçada, por parte do credor, no caso de insolvência do devedor principal. É essa a consequência única e imediata que deriva do contrato de fiança.³

10 — A fiança criminal é instituto de direito processual e se resolve na faculdade que se dá ao réu de prestar uma caução, para defender-se solto, nos casos permitidos em lei. A fiança criminal não tem por função garantir o cumprimento de uma obrigação de direito material. É uma obrigação de direito processual que nasce e morre com o processo. Destina-se a garantir a presença do réu, quando exigida, na apuração da verdade material sobre a existência ou inexistência da relação jurídico-material penal, consistente na imputação contra o mesmo de um fato definido na lei penal como crime, que dá origem à pretensão punitiva do Estado e justifica sua sujeição à fatalidade inexorável da ação penal oficial e aos incômodos do respectivo processo. Ao contrário da fiança civil, a finalidade da fiança criminal reside em o Estado-Jurisdição obrigar o denunciado a cooperar com seu comparecimento, com lealdade, na apuração da verdade sobre a existência da obrigação de direito material penal, entre êle e o Estado. Em face do

3. CARVALHO SANTOS — *Código Civil Interpretado*, 2ª Ed, 1938, págs. 432 e seguintes; ROBERTO DE RUGGIERO — *Instituições de Direito Civil*, Tradução de ARI SANTOS, Lisboa, 1937, vol. III, § 121, págs. 388 a 393; ENNECERUSKIPP-WOLFF — *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, vol. 2º, § 188, pág. 461 — BOSCK, 1944.

princípio *NULLA POENA SINE PREVIO IUDICIO*, não podendo nenhuma pena ser aplicada administrativamente, sem um processo legítimo, o escopo precípua da fiança criminal se resume em aquela finalidade.

11 — Com a fiança, o indiciado se obriga perante o Juízo:

- a) a comparecer perante o mesmo tôdas as vêzes que fôr intimado para os atos da instrução criminal;
- b) a estar presente à audiência de julgamento;
- c) a não mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade, nem dela ausentar-se por mais de 8 dias, sem comunicação à autoridade do lugar onde deve ser encontrado (C. P.P., arts. 327 e 328).

12 — A fiança criminal não é um contrato.⁴ Consistindo na faculdade que tem o réu de prestar caução real (C.P.P., art. 330) para que se defenda sôlto, pode ser prestada por terceiro, em favor do mesmo. Não há, porém, entre o terceiro-fiador e o juízo criminal, qualquer vínculo obrigacional. O terceiro permanece alheio ao processo, que é uma relação jurídica de direito público, à qual não se pode vincular quem não seja parte no processo. O inadimplemento do dever processual por parte do denunciado, afeta, imediatamente, seu *status libertatis*, dando origem à quebra da fiança, instituto que permanece ao lado desta, como a *espada de Dâmocles* irritantemente voltada contra o afiançado, agindo, como contra-estímulo ao não

4. Em sentido contrário: BENTO DE FARIA, obr. citada, pág. 381 e 386.

Não compartilho do ponto-de-vista dos que sustentam ser a fiança criminal um contrato civil transportado para o direito penal. Não são de natureza contratual as relações que jungem o réu ao processo. O réu exerce no processo dupla função: é sujeito da relação jurídico-processual e órgão de prova. Nos casos de flagrante delito, nos crimes afiançáveis ou nos de condenação por sentença recorrível, da mesma natureza, a fiança substitui a prisão, e a caução correspondente nada mais é que uma sanção penal pelo inadimplemento da obrigação de comparecimento em Juízo tôdas as vêzes que se fizer necessário.

cumprimento da obrigação de comparecimento perante o Juízo, resguardado apenas mediatamente pela caução.

13 — É certo que a obrigação do réu de comparecer perante o juiz sempre que para isto fôr convocado não dimana, necessariamente, de sua condição de sujeito desta relação, mas de sua condição de órgão de prova. Devendo a pena ser individualizada, o juiz necessita e poderá ouvi-lo tantas vezes quantas forem suficientes para colher-se as reações psicológicas e informar-se de sua vida pregressa. Embora se lhe permitam a inércia e o mutismo, essa atitude poderá agravar-lhe a situação (C.P.P., art. 186 e 196).

Seu comparecimento em Juízo é um dever processual; o inadimplemento dessa obrigação, nos casos em que se lhe permite defender-se sôlto, afeta imediatamente seu **status libertatis**, dando origem à quebra da fiança.

Da quebra da fiança resultam-lhe as seguintes consequências:

- a) obrigação de recolher-se à prisão;
- b) perda da metade do valor da fiança, além da dedução, de sua totalidade, das custas devidas e outros encargos (C. P.P., arts. 343 e 346).

14 — Vê-se que a fiança criminal, ao revés da fiança civil, não é uma obrigação autônoma e acessória, à obrigação principal; nem por ela o fiador, se terceiro, assume uma obrigação eventual e futura, como na fiança civil, porque o inadimplemento da obrigação do réu se resolve em sofrer êle diretamente seus efeitos, pois que tem de recolher-se à prisão (consequência imediata de seu inadimplemento), perdendo a metade do valor da fiança, ficando a outra metade sujeita às custas e demais encargos a que estiver sujeito. Logo, esgotado de seu núcleo estrutural o efeito principal, que consiste em poder o denunciado defender-se sôlto, a fiança criminal se transforma em **sanção penal** de natureza patrimonial, com o mesmo sentido da cláusula penal no direito civil. Além disto, sendo um instituto de natureza exclusivamente processual, a fiança criminal conserva seu aspeto dinâmico, enquanto vigir a relação jurídico-

processual, extinguindo-se com a sentença que puser termo a essa relação. Sua vida não transcende à fase executória, na hipótese de o processo terminar com acerto positivo, circunstância em que a fiança deverá garantir o pagamento das custas e demais encargos do processo (C.P.P., art. 345). Mas não assegura a liberdade do réu condenado, em sentença firme, pois a fiança, como ficou dito precedentemente, não tem por efeito garantir uma obrigação de direito material-penal, mas a presença do réu no acerto da existência dessa obrigação, sem o sacrifício prematuro de sua liberdade.

V

DA CAUÇÃO

15 — A caução, do latim (CAUTIO), tem função cautelar, de garantir determinado direito e assegurar sua satisfação, por isto, entra na categoria dos direitos reais de garantia, que tem por objeto um bem de terceiro e representa um direito acessório, sem vida autônoma, que nasce e se extingue com o nascimento e extinção do direito garantido. A caução tem caráter genérico de garantia preventiva, do cumprimento de uma obrigação ou do exercício de uma função. De vários modos pode ser prestada, porém os diversos meios de garantia previstos em lei atuam independentemente de um perigo em ato, atual, iminente.

VI

SUA ESTRUTURA

16 — A estrutura da caução não é unitária, mas coincide, segundo seu objeto, com o penhor regular ou irregular. Se tem por objeto coisa especificamente individuada, o credor adquire sobre a coisa um direito de garantia, com a possibilidade de proceder à venda coativa dos bens caucionados, na hipótese de inadimplemento da obrigação assumida, pagando-se com o produto da venda ou com êle se ressarcindo do prejuízo

a que a caução foi chamada eventualmente a cobrir. A caução apresenta-se no mundo das relações jurídicas sob várias formas: **voluntária, legal e judicial**. Voluntária, quando se origina de acôrdo das partes; legal, quando imposta pela lei, diretamente (caução legal), ou pelo juiz, quando a oportunidade da prestação de garantia exige uma valoração discricionária do juiz. A caução judiciária distingue-se em duas categorias:

a) caução imposta no processo para garantia de um direito substantivo, um interêsse prevalentemente substancial e, pois, com existência fora do processo, e,

b) caução que tem em mira tutelar interêsses diretamente processuais.

A) São da primeira categoria os casos de violação das disposições dos arts. 554, 555, 573, 580 e seguintes do Código Civil, que dão origem às ações cominatórias e à denunciação de obra nova, oferecendo oportunidade para exigência da caução de **opere demoliendo** e de **dano iminente** (C.P.C., arts. 302 e respectivos incisos e 384 a 392).

B) Da segunda categoria são as cauções destinadas a garantir o pagamento das custas do processo (C. Civil, art. 18); e os riscos da execução provisória dos julgados (C.P.C., art. 883, inciso III).

17 — Em nosso direito são dois os meios pelos quais se pode prestar a caução, em virtude dos quais ela se especifica em **caução real** e **caução fidejussória**.

VII

DA CAUÇÃO REAL

18 — A caução real pode ser prestada em bens móveis ou imóveis. Os primeiros podem diversificar-se em dinheiro, pedras preciosas, títulos de dívida pública, ou qualquer outro bem de valor, a critério das partes ou do juiz.

A caução, quando de bens móveis, consiste no depósito destes, sob caução.

A caução tem por efeito subordinar os bens ao seu destino, de sorte que o depositante caucionário fica despojado, sob condição suspensiva, de seus direitos de proprietário, enquanto perdurar a obrigação principal a que a caução é chamada a cobrir. Se de bens imóveis, esta consistirá na hipoteca legal dos mesmos.

VIII

DA CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA

19 — A caução fidejussória é uma garantia pessoal.

Para um bom entendimento do instituto dever-se-ia recordá-lo em suas fontes romanas. Verificar-se-ia que a *fideiussione* era no direito romano uma estipulação acessória de garantia, pertencente à categoria das obrigações verbais.⁵ A caução *ADPROMISSIO* destinava-se a fornecer uma garantia, mais moral que efetiva; sua intervenção era um testemunho prestado à lealdade do promitente e à fidelidade no cumprimento da palavra. Um serviço de amigos.

Mais tarde, a prática reclamou um modo de caução que garantisse com melhor eficácia os direitos do credor e esta evoluiu para a *FIDEJUSSIO*, que se formava por uma interrogação seguida de uma resposta concordante. O fidejussor deveria responder: *ID FIDE MEA ESSE JUBEO*, daí resultando uma série de conseqüências, que davam à fidejussão uma fisionomia própria que a distinguiu da *SPONTIO* e da *FIDE-PROMISSIO*. O fidejussor obrigava-se ao lado do devedor principal. A relação das obrigações por êle assumidas com a do devedor, consistia em que o fidejussor se obrigava ao lado do devedor principal. Não era um codevedor solidário. O fidejussor era um devedor acessório, sua obrigação não tinha

5. Prof. FRANCISCO DE MARTINO — *Fideiussione Nel Diritto Romano* — In *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 7º, pág. 271.

existência independente, como a de um codevedor solidário, assim, se nula a dívida principal, nula também a fidejussão.⁶

20 — Como garantia pessoal, exige-se que o caucionário fidejussor seja pessoa idônea, financeiramente, e capaz, juridicamente, de contratar, pois o caucionante, em última análise, responde com seus bens, pela garantia dada. A garantia fidejussória é fiança civil, e regem-na os princípios que a disciplinam.

IX

DA CAUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

a) Generalidades

21 — O Código de Processo Penal contempla várias medidas cautelares que têm função instrumental, segundo o escopo visado. Entre elas poderemos assinalar: a prisão preventiva, nos casos expressamente determinados; a prisão em flagrante delito; a fiança criminal; as medidas assecuratórias consistentes no sequestro dos bens móveis e imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração (C.P.P., art. 125 e seguintes; a hipoteca legal sôbre imóveis do indiciado, destinada a tornar indubitosa a indenização de danos, EX DELICTO, a caução real e a caução fidejussória.

6. FEDERICO MARTORANO — *Cauzione Nel Diritto Civile*, in Enciclopédia Del Diritto, vol. VI; GIUFFRÉ, 1960, pág. 652; GILBERTO LOZZI — *Cauzione Di Buona Condotta*, idem, pág. 654; VINCENZO DE PETRIS — *Cauzione Nel Diritto Processuale Civile*, idem, pág. 656; GIOVANNI BRUNELLI — *Cauzione Nel Diritto Civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, vol. III, pág. 59; Prof. ALBERTO RAVAZZONI — *Fideiussione Nel Diritto Civile*, idem, vol. VII, pág. 274; EDOUARD CUQ — *Manuel Des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1928, pág. 642; ROBERTO DE RUGGIERO — *Instituições de Direito Civil*, Tradução de ARI DOS SANTOS, Saraiva, 1936, vol. II, § 84, pág. 477; CARVALHO SANTOS — *Código Civil Brasileiro*, Interpretado, 2ª Edição, Metrôpole Editora, Rio, 1936, pág. 206.

22 — Muitas dessas garantias são medidas assecuratórias do Juízo (prisão preventiva, fiança criminal, prisão em flagrante) e não têm vida fora do processo. Outras se destinam a assegurar os resultados da ação e sua eficácia transcende à vida do próprio processo, pois que são ordenadas para garantir futura execução (sequestro de bens móveis ou imóveis adquiridos com o produto do crime); algumas, de eficácia mediata, **extra-processum**, não têm vinculação direta com seu objeto, mas indireta, ligadas aos efeitos da sentença penal condenatória, como título executório certo e ilíquido (C. Penal, art. 74, inciso 5). A caução real e a caução fidejussória se destinam, diretamente, a garantir a execução de uma obrigação de direito material penal e têm vida, portanto, **EXTRA-PROCESSUM**.

23 — As medidas cautelares no direito processual penal, em sentido estrito, são a fiança criminal e a caução real ou fidejussória.

Tanto a caução real, como a fidejussória, são garantias eventuais e acessórias de uma obrigação principal. O traço distintivo entre uma e outra consiste em que a caução real confere ao credor um direito sobre a coisa caucionada que fica, a título de penhor ou de hipoteca legal, vinculada ao pagamento da dívida contraída; enquanto a caução fidejussória é uma garantia pessoal, uma obrigação de fazer, que um terceiro assume perante o credor e pela qual sobre êle o credor adquire o direito de exigir o cumprimento, coativo, da obrigação, na hipótese de insolvência do devedor principal.

24 — A caução assim a real, como a fidejussória, no processo penal, é garantia genérica; é fiança, em sentido lato, mas fiança civil e não criminal, com a qual não tem qualquer similitude. Não é, pois, sem motivos, que o legislador no processo da execução não faz qualquer menção à fiança, mas emprega exclusivamente a palavra caução. Na fase cognitiva, o legislador faz referência exclusivamente à fiança, e estabelece que esta consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar (C.P.P., art. 330).

A distinção não é meramente tautológica, pelos fundamentos já expostos precedentemente.

A fiança criminal, de natureza estritamente processual, nasce com a relação jurídico-processual e não tem eficácia fora do processo.

A eventualidade e a accessoriedade, que são caracteres próprios da fiança civil, não dimanam, necessariamente, do núcleo estrutural da fiança criminal. Na hipótese de quebra da fiança, o afiançado paga diretamente com sua liberdade, pelo inadimplemento da obrigação processual assumida e o fiador perde a metade da fiança, da qual ainda se deduzirão as custas. Só na hipótese de o processo concluir com acerto negativo e de o réu cumprir com seus deveres processuais é que a fiança será devolvida integralmente (C.P.P., art. 337).

Assim, não se podem aplicar os princípios que regem a fiança criminal aos que disciplinam a caução, como fiança civil, destinada a garantir uma obrigação de direito material penal, consistente no pagamento da pena pecuniária. Como garantia civil, se reveste de todo caráter de eventualidade e de accessoriedade, de modo que somente na hipótese de insolvência do afiançado é que o fiador o substitui, pagando-lhe a multa, na modalidade que tiver sido estipulada pelo juiz da execução.

25 — Na execução penal, a caução real, como a fidejussória, como fiança civil, seguem as regras do direito civil, no que fôr aplicável, **mutatis mutandi**.

A prestação tem de ser exigida primeiro do devedor: o condenado executado, no vencimento da obrigação, na modalidade de pagamento estabelecida pelo juiz da execução. Exigir, como se faz em nosso fôro criminal, que o fiador, em qualquer modalidade da caução, pague, a título de fiança, a multa e encargos do afiançado, em dinheiro ou em bens móveis ou imóveis, é confundir, desastrosamente, fiança com pagamento de dívida em nome e em favor de terceiro.

Se o condenado oferece, na forma da lei, um fiador e este é compelido a pagar a multa e encargos do réu, isto poderá ser feito, mas jamais a título de fiança. O pagamento por terceiro

apenas vincula êste ao condenado, que se desvincula da justiça, eis que com esta ficou quites. Na fiança permanecem dois vínculos obrigacionais: o principal, que junge o devedor ao credor, e o eventual e acessório, que nesse caráter também vincula o fiador ao credor.⁷

b) Da Caução Fidejussória

26 — Na história do processo penal moderno, o ingresso da caução fidejussória remonta-se à evolução do processo inquisitório. Sua origem, porém, é mais antiga. Filia-se ao juramento dos heliastas narrado por DEMÓSTENES no discurso contra TIMÓCRATES: nenhum cidadão ateniense podia ser prêso antes de condenado, si porventura três cidadãos do seu senso se responsabilizassem pelo seu comparecimento em Juízo. Êsse princípio era respeitado em Roma. Os magistrados, segundo as circunstâncias, só mandavam encarcerar o acusado se não desse caução ou não pudesse dar fiadores. Mais tarde, essa regra foi consolidada pelo direito positivo (Lei 3a. do Digesto — DE CUSTODIA REORUM). Também assim entre os Visigodos, em que se evitava a prisão provisória do acusado, o qual, enquanto aguardava o exame do delito e se determinava a pena, ficava sôlto, SUB FIDEJUSSORE, sob a palavra dos «fiéis carcereiros». Anota JOÃO MENDES que entre os povos bárbaros respeitava-se com mais rigor essa regra.

27 — O Direito português, desde os tempos de D. Diniz e de D. Pedro I, conheceu quatro modalidades de garantia: as **cartas de seguro**, promessa judicial pela qual o Réu, debaixo de certas cautelas, se eximia da prisão até a conclusão da causa; a **homenagem**, privilégio particularmente delegado à nobreza, e consistente na licença concedida ao Réu, em sua

7. GIUSEPPE DE LUCA — *Cauzione Nel Diritto Processuale Penale* — Enciclopedia Del Diritto, GIUSEFFRÉE, 1960, vol. VI, pág. 665; MANZINI, *Diritto Processuale Penale Italiano*, vol. III, citado; GIOVANNI BRUNELLI — *Cauzione Nel Diritto Processuale Civile e Penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. cit., pág. 62; J. ORTOLAN — *Droit Pénal*, Paris, 1886, vol. II, pág. 284.

qualidade pessoal, para estar sôlto em Juízo sob sua palavra; a **fiança**, faculdade outorgada ao réu para se livrar sôlto debaixo de certa caução; e os **carcereiros**, graça que os Príncipes concediam aos réus para serem sôltos, sob garantia de fiadores idôneos. Quanto à sua função instrumental, a **carta de seguro**, diferenciava-se da **homenagem**, da **fiança** e dos **fiéis carcereiros**, porque a primeira amparava os réus contra os desatinos da vindicta privada e se destinava a evitar sua prisão enquanto as demais (exceção dos **fiéis carcereiros**) eram modos ordinários de relaxamento da prisão. A garantia de **fiéis carcereiros** era um recurso extraordinário, para consecução do mesmo fim.⁸

28 — O Código de Processo Penal, de 1832, no art. 113, aboliu as cartas de seguro, a homenagem e os fiéis carcereiros, mantendo apenas a fiança, regulando-a nos artigos 100 a 112.

As leis de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842; de 20 de setembro de 1871; de 28 de outubro de 1899 e seus respectivos regulamentos, introduziram modificações ao Instituto.

Com o regime republicano inaugurado, a fiança não emigrou para os Códigos estaduais. A Constituição da República estabeleceu no art. 72 § 14, que «ninguém poderá ser levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir».

Considerados êsses casos matéria de garantia constitucional, interditou-se aos Estados o direito de legislar sôbre os mesmos. Conferiu-se-lhes atribuição supletiva para organizar a tabela ou o modo de arbitramento da fiança. Assim o entendeu o Código Penal de 1890, art. 406 e decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de maio de 1900.

O Decreto nº 628 de 28 de outubro de 1899 repeliu, com os protestos de RUI BARBOSA, a **caução fidejussória** como fiança criminal.

8. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR — *O Processo Criminal Brasileiro*, 3ª Edição, Rio, 1920, vol. 1º, págs. 440 e seguintes; VINCENZO MANZINI — *Trattato di Diritto Processuale Penale*, Utet, 1949, vol. 1º, nº 7, pág. 36 e vol. III, págs. 574 e seguintes.

29 — O Código de Processo Penal vigente adotou política diversa: admitiu a caução fidejussória apenas na execução das penas pecuniárias, com caráter de fiança civil. Como fiança criminal, substitutiva da prisão, com seu caráter de sanção penal da obrigação e promessa do réu de comparecer em Juízo, sempre que êsse comparecimento fôr exigido na fase procedimental, a caução fidejussória não foi admitida.⁹

c) Do Procedimento

30 — O executado deverá pagar a multa ou oferecer garantias para o pagamento da mesma, dentro do prazo de dez (10) dias contados do trânsito em julgado da sentença condenatória (C.P.P., arts. 686, parágrafo único e 687, § 1º).

O Código não traçou um procedimento específico a ser observado; diz apenas no parágrafo único do art. 690, que o juiz ouvirá o Ministério Público antes de homologar a caução.

Todavia, sendo a caução fidejussória uma fiança civil, para sua constituição devem ser observadas as regras traçadas pelo direito civil.¹⁰

31 — O condenado diretamente, ou por meio de procurador, requerê-la-á ao juiz da execução, apresentando pessoa idônea. Sendo porém a caução uma segurança que uma pessoa dá à outra de que cumprirá o pactuado, prometido, ou mandado; e, no direito processual significando «a segurança oferecida, garantindo a eficácia do direito, ou a indenização de um possível dano, ou a falta de cumprimento de uma obrigação», a idoneidade do fiador é aferida pelo disposto no art. 1.489 do Código Civil, que dispõe:

9. PAULA PESSOA — *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil*, Rio, 1882, Título I, Cap. VIII, págs. 161 a 167; JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR — *Ob. cit.* nº 235; FRANCISCO DUARTE NAZARETH — *Processo Criminal*, 5ª Ed., Coimbra, 1870, pág. 189 e seguintes; MANOEL GODOFREDO D'ALENCASTRO AUTRAN — *Da Fiança Criminal*, Rio, 1879; GALDINO DE SIQUEIRA — *Curso de Processo Criminal*, 2ª Ed., São Paulo, 1930, nº 211.

10. J. ORTOLAN, *opus e locus citados*, MANZINI, *idem, idem*.

«Quando alguém houver de dar fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo, se não fôr pessoa idônea domiciliada no município, onde tenha de prestar a fiança e não possua bens suficientes para desempenhar a obrigação».

São pois necessários os requisitos de capacidade jurídica e financeira, sem o que o Ministério Público, representante do Estado-exeqüente, não estará obrigado a aceitar o fiador indicado.¹¹

Sua impugnação porém não conduz o juiz a indeferir o pedido, pois que o executado poderá provar que o fiador indicado tem todos os requisitos exigidos.

32 — Se não houver impugnação ao fiador indicado, o juiz mandará notificá-lo para vir assinar o termo de fiança e, considerando-o idôneo, a homologará.

Na hipótese de haver impugnação, proceder-se-á a uma instrução sumária, na qual o condenado poderá provar a idoneidade do fiador indicado. O incidente processar-se-á segundo as regras traçadas pelo Código de Processo Civil (Título III, do Livro V, artigos 690 a 692) não só por ser a garantia fidejussória fiança civil e deve seguir as regras traçadas pelo direito civil, como por fôrça do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal.

Se o juiz concluir pela inidoneidade do fiador, nos termos indicados pelo art. 1.489 do Código Civil, o condenado será intimado para oferecer outro fiador, que preencha aquêles requisitos.

d) Da Extinção da Caução

33 — Como garantia eventual e acessória, a caução fidejussória tem sua sorte ligada à obrigação principal. Assim, extinta a punibilidade, por uma das causas previstas no art. 108 e 114 do Código Penal, estará extinta a caução. Se ocorrer

11. HUGO SIMAS — *Comentário ao Código de Processo Civil*, Ed. Revista Forense, vol. VIII, pág. 343.

a morte do executado e a multa foi dividida em prestações, QUID IURIS, na hipótese de haver prestações atrasadas e não pagas?

Pelo seu caráter de pena, que não pode ultrapassar a pessoa do condenado, a obrigação do pagamento da multa não se transmite, nos termos do art. 1.572 do Código Civil, aos seus herdeiros. Do mesmo modo, pelo princípio MORS OMNIA SOLVIT, o fiador fica desobrigado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. É que a morte extingue a punibilidade e, conseqüentemente, a caução.

Pelo seu caráter de eventualidade e accessoriedade, o cumprimento da obrigação não poderá ser exigido do fiador antes de o ser ao devedor principal. Mas a razão principal é que a morte extingue a obrigação principal e, ipso facto, as obrigações accessórias.

34 — Se, porém, houver execução ajuizada contra o fidejussor e sobrevier a morte do afiançado esta não terá qualquer influência na ação. A razão está em que o fiador não pode ser executado sem que primeiro se tenha exigido do afiançado o cumprimento da obrigação (Código Civil, art. 1.491). Se não estivesse afiançado, seu inadimplemento resolver-se-ia na conversão da multa em prisão. A fiança obsta essa conversão; e a exigibilidade direta do cumprimento da obrigação ao fiador desvincula o afiançado da Justiça Criminal. O fiador passa a ser devedor diretamente ao Estado, por uma obrigação de fazer de caráter civil. O Estado, na instância civil, através do Ministério Público, o executará por essa obrigação (C.P.P., art. 688, inc. I, última parte). A morte do afiançado encontrou em vigor, apenas, o vínculo obrigacional entre êle e o fiador, traduzido no direito de regresso do segundo contra o primeiro. Esse vínculo se transmite aos herdeiros de um e de outro, por força do disposto no Código Civil, nos arts. 1.496 e 1.572, combinados.

35 — A morte do fidejussor extingue a fiança, se não houver ação ajuizada contra o mesmo (C. Civil, art. 1.501). O executado indicará outro ou ficará sujeito a conversão da multa em prisão, se o não fizer.